

VOTO

PROCESSO: 00058.072657/2012-55

INTERESSADO: TAM LINHAS AEREAS S/A

ANEXO

MARCOS PROCESSUAIS

NUP	Crédito de Multa (SIGEC)	Auto de Infração (AI)	CIA AÉREA	Data da Infração	Lavratura do AI	Notificação do AI	Defesa Prévia	Decisão de Primeira Instância (DC1)	Notificação da DC1	Multa aplicada em Primeira Instância	Decisão de Segunda Instância (DC2) convalidação	Notificação da convalidação	Protocolo do Recurso	Aferição da Tempestividade
00058.072657/2012-55	649.927.15-9	001248/2012	TAM	29/06/2012	31/07/2012	01/10/2012	22/10/2012	22/06/2015	25/08/2015	R\$ 14.000,00	16/01/2018	29/01/2018	02/02/2018	04/09/2018

Enquadramento: art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130 c/c art. 302, inciso III, Alínea U, da Lei 7.565, de 19/12/1986.

Infração: Deixar de efetuar Conciliação, no ato do embarque, do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque, não assegurando assim, que somente passageiros atendidos para o voo fossem nele embarcados.

Proponente: Eduardo Viana Barbosa – SIAPE 1624783 (Portaria Nomeação Membro Julgador ANAC nº 1381, DIRP/2016).

INTRODUÇÃO

HISTÓRICO

1. **Do auto de Infração:** O operador aéreo deixou de efetuar pagamento de compensação financeira aos passageiros Armando Cesar Gonçalves de Moraes Junior e Danielle Chaves Gonçalves Tavares, ambos vinculados ao localizador EHIR5X, referente à preterição ocorrida no voo AD 4282 de 28/06/2018, conforme previsto no Art. 24 da Resolução ANAC 400/2016.

2. HISTÓRICO

3. **Do auto de Infração:** Foi constatado pela equipe de fiscalização em missão no aeroporto de Manaus (SBEG), quanto aos procedimentos de identificação do passageiro para embarque nos aeroportos brasileiros, que a empresa aérea TAM LINHAS AÉREAS S/A deixou de assegurar que somente passageiros atendidos para o voo 3541 (SBEG/SBBR - 29/06/2012 -16h32min) fossem nele embarcados, ao não efetuar a Conciliação do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque dos passageiros no procedimento de embarque do voo, que foi efetuado no portão 02."

4. **Capitulação:** Art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130, de 08/12/2009 c/c art. 299, inciso II da Lei 7.565, de 19/12/1986.

5. **Em Defesa Prévia,** a empresa apresentou Defesa, protocolizada nesta Agência em **22/10/2012**, (fls. 06/10), validando o processo administrativo, nos moldes do § 5º do art. 26 da Lei nº 9.784/99, sendo assim apreciada.

6. **A Decisão de Primeira Instância (DC1)** considerando a ausência de Defesa Prévia e os autos do processo, o setor de DC1 condenou a interessada à sanção de multa no valor de **R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais)**, levando-se em conta as circunstâncias previstas nos diversos incisos do § 1º e § 2º do artigo 22 da Resolução nº. 25/2008.

7. **Do Recurso**

8. O recurso então apresentado não fora apreciado, face a necessidade de convalidação constatada em sede de Segunda Instância.

9. **A Decisão em Segunda Instância decidiu que:**

A IN ANAC nº 08/2008, que trata sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções no âmbito da Agência, confirma a possibilidade de Convalidação dos atos evitados de vício meramente formal (no corpo de seu artigo 7º) vai além e **considera a omissivo ou erro no enquadramento da infração como vício meramente formal e passível de Convalidação**, desde que a descrição dos fatos permita a identificação da conduta punível.

A infração descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente processo administrativo foi capitulada no artigo 299, inciso II, do CBA, c/c o artigo 6º da Resolução ANAC nº 130 que aponta, expressamente, como irregularidade, a ausência de conciliação dos documentos de identificação com os dados constantes nos cartões de embarque, conforme segue:

Art. 299. Será aplicada multa de (vetado) ate 1.000 (mil) valores de referência, ou de suspensão ou cassação de quaisquer certificados de matrícula, habilitação, concessão, autorização, permissão ou homologação expedidos segundo as regras deste Código, nos seguintes casos:

(...)

II- execução de serviços aéreos de forma a comprometer a ordem ou a segurança pública, ou com violação das normas de segurança dos transportes;

O artigo 6º da Resolução ANAC nº 130, de 08 de dezembro de 2009, que aprova os procedimentos de identificação do passageiro para o embarque nos aeroportos brasileiros, dispõe:

Art. 6º O operador de aeronaves deve assegurar que somente passageiros atendidos para o voo sejam embarcados, por meio da conciliação, no portão de embarque, do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque.

Conforme consta nos autos, a empresa permitiu que passageiros adentrassem a sala de embarque sem proceder a conciliação do documento de identificação com o cartão de embarque, fato que configura violação das normas que regulam a matéria. A interessada se configura como uma concessionária ou permissionária de serviços aéreos. Assim, pela personalidade jurídica, compõe o rol sujeito ao enquadramento pelo **inciso III do artigo 302 do Código Brasileiro de Direito Aeronáutico**. Neste norte, penso que o enquadramento mais apropriado para a infração apurada nos autos seja o artigo 302, inciso III, alínea "U", c/c com o artigo 6º da Resolução ANAC 130/2009.

Dito isso, entendo que o caso apresenta erro na capitulação, **vício meramente formal, sanável e passível de Convalidação**. Pugno pelo **re-enquadramento da infração objeto dos autos para o art. 302, inciso III, alínea "U", do CBA, Lei 7.565/1986, mantendo-se o artigo 6º da Resolução ANAC 130/2009, convalidando-se o AI e decisão de primeira instância nos termos dos arts. 9º e 7º, respectivamente, da Resolução ANAC 25/2008 e IN ANAC 08/2008**. Ressalto que o instrumento de capitulação deve registrar expressamente esta alteração.

O Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou no sentido de que a descrição dos fatos quando do indiciamento de prática infracional é suficiente para o exercício do poder de defesa pelo acusado:

- STF: RMS 24.129/DF, 2ª Turma, DJe 30/04/2012: "Exercício do direito de defesa. A descrição dos fatos realizada quando do indiciamento foi suficiente para o devido exercício do direito de defesa. Precedentes: MS 21.721; MS 23.490.

(grifamos)

No mesmo sentido aponta a jurisprudência do STJ:

- Excerto de julgado do STJ: "O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta não

tem o condão de inquirir de nulidade o processo. Precedentes: (MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29.4.2010; MS 10.128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 12.386/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 24.9.2007, p. 244* (STJ, MS 12.677/DF, 1ª Turma, DJe 20/04/2012).

(grifamos)

Eis que, conforme entendimento das Cortes Superiores do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a descrição dos fatos é suficiente para o pleno exercício do direito de defesa. Por mais, o STJ entende que a defesa deve ser construída a respeito dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de forma que posterior recapitulação não tem o condão de implicar nulidade ao processo.

Ademais, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 55, prevê a figura da Convalidação:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Observa-se que o art. 22 da Resolução ANAC n.º 25 e o art. 58 da IN n.º 08, dispõem que, para efeito de aplicação de penalidades, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, sendo estas situações dispostas nos §§1.º e 2.º deste mesmo artigo.

Cumprir observar que embora na Decisão de fls. 31, o Decisor ao fixar o valor da multa cite o crédito 626.087.11-0 (ver Anexo SEI 1397488), ao pesquisar o SIGEC esta analista verificou que a infração que originou o mencionado crédito de multa ocorreu em 16/08/2007, fora portanto do período de 29-06-2011 a 29-06-2012, ficando excluído da condição de possível fator de agravamento.

Prosseguindo, devemos considerar que em relação ao valor da multa aplicada, esta será calculada a partir do valor intermediário. Assim, nos casos em que não há agravantes, nem atenuantes, e quando estas se compensem, deve ser aplicado o valor médio da Tabela anexa à Resolução ANAC n.º 25/2008.

Ainda, destaca-se que, com base na Tabela da Resolução ANAC n.º 25/2008 para pessoa Jurídica, o valor da multa para cada infração referente à alínea u do inciso III do art. 302 do CBA, poderá ser imputado em R\$ 4.000,00 (grau mínimo), R\$ 7.000,00 (grau médio) e R\$ 10.000,00 (grau máximo).

Assim, considerando que em relação ao valor da multa aplicada, esta será calculada a partir do valor intermediário, é possível que após a Convalidação do Auto de Infração 001248/2012, de 21/05/2012, para o art. 302, inciso III, alínea u do CBA c/c o art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130 de 08/12/2009, o valor da multa aplicada seja fixado em seu grau médio, ou seja, R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

10. Restando CONVALIDADO o Auto de Infração nos termos dos artigos 9º e 7º, respectivamente, da Resolução ANAC 25/2008 e IN ANAC 08/2008, devendo ser recapitulado para o art. 302, inciso III, alínea "U" da Lei 7.565/1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA, mantendo-se o artigo 6º da Resolução ANAC 130/2009, com posterior NOTIFICAÇÃO do Interessado.

11. A NOTIFICAÇÃO da Convalidação ocorrerá em 25/01/2018, sendo, então, apresentado Recurso em 01/02/2018 alegando que inexistente nos autos qualquer tipo de comprovação acerca do descumprimento da norma, seja ela em quaisquer das capitulações mencionadas.

12. Em sede Recursal, alega que não foi apresentado nenhum elemento de prova, houve desrespeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, princípios constitucionais que asseguram a dualidade das partes e oferece a possibilidade de participação em pé de igualdade.

13. Ademais, exigir a produção de prova nas condições em que se encontram os autos, é invocar o que a doutrina denomina de prova diabólica ou negativa, em virtude da dificuldade, quiçá impossibilidade de se comprovar determinadas alegações.

14. Ora, se o objetivo da fiscalização é supervisionar e inspecionar a atuação das empresas aéreas, a fim de assegurar o cumprimento das disposições determinadas pela ANAC, o ato administrativo exteriorizado pelo auto de infração será válido somente se apresentar todos seus elementos essenciais presentes, o que não se vislumbra no caso em questão.

15. Assim sendo, há vício insanável no ato administrativo, o que demanda o reconhecimento de sua nulidade, seja qual for a capitulação a ela vinculada pela falta de apresentação de documentação comprobatória mínima por parte da Autuante.

16. É necessário destacar ainda que o art. 6º da Resolução n.º 130 da ANAC foi revogado pela Resolução n.º 254 de 2012, não podendo a Autuada ser condenada a cumprir uma obrigação de pagar embasada em norma que não pertence mais ao ordenamento jurídico. Caso subsista o entendimento sobre a validade, é possível ainda discutir o valor fixado a título de sanção pecuniária, pois o montante de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais) é exorbitante, ferindo o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Com efeito, o princípio da razoabilidade do ato administrativo encontra-se previsto na lei n. 9.784/99 como fundamento legal para orientar o administrador no exercício da função pública, no exato sentido de evitar que o mesmo se utilize de seus poderes e prerrogativas legais para extrapolar em suas funções, causando prejuízos e ilegalidades aos administrados.

17. No caso concreto, a pena de multa de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais) representa nada menos que exorbitância, sem qualquer razão jurídica ou tática, pois, caso as alegações fossem verdadeiras, o que se admite por hipótese, a Recorrente não foi vã em permitir o acesso de qualquer um na aeronave, tendo em vista o procedimento de conciliação foi efetuado nos guichês de check in.

18. Portanto, a penalidade aplicada no presente processo administrativo, no importe de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais), deverá ser afastada ou minorada, sendo inadmissível sua subsistência ou majoração.

19. Eis que chegam os autos conclusos à análise deste relator em 20/02/2020.

20. É o relato.

PRELIMINARES

21. **Da Regularidade Processual** - Considerados os marcos apontados no início dessa análise, acuso regularidade processual nos presentes feitos. Foram preservados todos os direitos constitucionais inerentes ao interessado, bem como respeitados os princípios da Administração Pública, em especial contraditório e ampla defesa. Julgo os processos aptos para receber a decisão de segunda instância administrativa por parte desta Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância - ASJIN.

FUNDAMENTAÇÃO - MÉRITO E ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DO INTERESSADO

22. **Da materialidade infracional** - Diante da infração do processo administrativo em questão, após convalidação efetuada em sede de segunda instância a irregularidade ficou capitulada na alínea "u" do inciso III do art. 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA (Lei n.º 7.565/86), c/c art. 6º da Resolução Anac n.º 130/09.

23. A alínea "u" do inciso III do art. 302 do CBA dispõe o seguinte:

CBA

Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:

(...)

III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:

(...)

u) infringir as Condições Gerais de Transporte, bem como as demais normas que dispõem sobre os serviços aéreos;

24. Também deve ser observado o que estava previsto na Resolução ANAC n.º 130, de 08/12/2009, que tratava dos procedimentos de identificação do passageiro para o embarque nos aeroportos brasileiros, e apresentava a seguinte redação em seu artigo 6º:

Art. 6º O operador de aeronaves deve assegurar que somente passageiros atendidos para o voo sejam embarcados, por meio da conciliação, no portão de embarque, do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque.

Ainda, cabe observar o que estava previsto no art. 15 da Portaria nº 676/GC-5, de 13 e novembro de 2000, que aprovou as Condições Gerais de Transporte, em vigor à época da ocorrência:

Portaria nº 676/GC-5, de 13 e novembro de 2000

(...)

Art. 15. É obrigação do transportador a identificação do passageiro que se apresenta para o embarque, não cabendo ao passageiro responsabilidade se outra pessoa usar indevidamente o bilhete extraviado.

(...)

25. **Das razões recursais**

26. **Da alegação de ausência de provas da prática infracional**

27. Nesse sentido, cumpre esclarecer que no processo administrativo sancionatório impera o livre convencimento do Fiscal-Regulador dentro da discricionariedade motivada e cotejo para com a finalidade específica a ser atingida com a eventual sanção a ser aplicada caso-a-caso. Esta finalidade, por sua vez, posta-se adstrita aos patamares firmados por norma de aplicação cogente e *erga omnes*, qual seja a tabela de valores dos Anexos da Resolução ANAC 25/2008.

28. Se houve a constatação da infração, este é o motivo para a aplicação da sanção. Se houve aplicação de sanção, os anexos da Resolução 25/2008 estabelecem os patamares de aplicação que não podem ser extrapolados pela unidade julgadora – e, no caso, efetivamente não houve extrapolação. Pelo contrário, aplicou-se o valor médio. Pelo fato de isto restar bem configurado nos autos, em especial pelo entendimento supra de a dosimetria (patamares de multa) ter supedâneo normativo (Anexo da Resolução ANAC 25/2008), não prosperam quaisquer alegações quanto à aplicação da sanção de multa e ao seu valor.

29. Por fim, quanto ao argumento de prova negativa, também chamada prova diabólica, diz respeito à extrema dificuldade ou impossibilidade de se provar fato negativo, ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração. Ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não aconteceu. Baseia-se nos ensinamentos do direito canônico de que somente o diabo poderia provar um fato negativo.

30. Por fundamento, cabe citar o Novo Código de Processo Civil, que acrescentou nova regra, a qual trata que a distribuição do ônus deixa de ser estática, na medida em que o §1º do artigo 373, abre a possibilidade de aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Esta, por sua vez, ensina que o ônus da prova é distribuído para quem puder suportá-lo. Desde que de forma justificada, cabe ao Juiz redistribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual, caso entenda excessiva dificuldade para determinada parte, que possua o encargo de produzir a prova e de outro lado verifique maior facilidade da parte adversa em fazê-la.

31. A esse respeito, temos que no Direito Administrativo a teoria da prova negativa, por ora, em pouco ou nada afeta. Isso porque o CPC deve ser aplicado apenas de forma subsidiária à Lei 9.784/1999 e apenas nos casos em que esta for silente. Assim, no caso específico da produção de provas, estando a Administração adstrita ao princípio da legalidade e obrigada a aplicar o art. 36, aliando-se isto com o conceito de presunção de veracidade dos atos administrativos decorrente do art. 19 da Constituição Federal, reputa-se ainda como válida a inversão do *onus probandi* nestes casos, conforme bem assentado na doutrina administrativa.

32. Ainda assim, o interessado-regulado não resta desguarnecido e não há que se falar em nulidade do processo ou cerceamento do direito de defesa. Como sabido, a presunção é relativa e pode ser desconstituída mediante demonstração cabal nos autos do processo específico de que a aferição do poder público não condiz com a realidade; A presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos advém do fato de que os atos devem estrito cumprimento em conformidade com a lei e, de veracidade, por serem dotados da chamada presunção de veracidade. “Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito prático de tal presunção é o de inverter o ônus da prova”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, página 72).

33. Portanto, com respaldo na doutrina administrativa, princípios da legalidade de supedâneo constitucional e vinculação ao art. 36 da Lei de Processo Administrativo, conclui-se que opera ainda a inversão do ônus da prova nos casos revestidos de presunção de legalidade decorrentes do *manus fiscalizatório* da ANAC. Incontestável, pela sistemática do ordenamento administrativo, que se requer demonstração para desconstituição da presunção, não havendo que se falar em nulidade por impossibilidade de produção de prova negativa.

34. Veja que a presunção de veracidade é um atributo do ato administrativo; atributo este referente aos fatos narrados no auto de infração. Em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração Pública, os quais são dotados de fé pública. Em que pese o Princípio da Presunção de Inocência ser um dos princípios do Processo Administrativo Sancionador este é relativo, podendo ser elidido por prova em contrário. Sendo, então, que no caso em exame não existem elementos que comprovem o cumprimento normativo por parte do autuado. Sobre este aspecto, no caso específico da produção de provas, estando a Administração adstrita ao princípio da legalidade e obrigada a aplicar o art. 36, aliando-se isto com o conceito de presunção de veracidade dos atos administrativos decorrente do art. 19 da Constituição Federal, reputa-se ainda como válida a inversão do *onus probandi* nestes casos, conforme bem assentado na doutrina administrativa. Ainda assim o interessado não resta desguarnecido e não há que se falar em nulidade do processo ou cerceamento do direito de defesa. Como sabido, a presunção é relativa e pode ser desconstituída mediante demonstração cabal nos autos do processo específico de que a aferição do poder público não condiz com a realidade;

35. A presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos advém do fato de que os atos devem estrito cumprimento em conformidade com a lei e, de veracidade, por serem dotados da chamada presunção de veracidade. “Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito prático de tal presunção é o de inverter o ônus da prova”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, página 72).

36. Portanto, com respaldo na doutrina administrativa, princípios da legalidade de supedâneo constitucional e vinculação ao art. 36 da Lei de Processo Administrativo, conclui-se que opera ainda a inversão do ônus da prova nos casos revestidos de presunção de legalidade decorrentes do *manus fiscalizatório* da ANAC. Incontestável, pela sistemática do ordenamento administrativo, que se requer demonstração para desconstituição da presunção, não havendo que se falar em nulidade por impossibilidade de produção de prova negativa.

37. **Da alegação de que a norma aplicada teria sido revogada:**

38. De fato o art. 6º da Resolução nº 130 da ANAC foi revogado pela Resolução nº 254 de 2012, porém, pelo princípio do *tempus regit actum*, a sanção aplicável deverá ser aquela prevista na norma vigente à época dos fatos. Nesse sentido, já exarou a Procuradoria Parecer nesses termos:

Porém, a alegação de que a Autuada não pode ser condenada a cumprir uma obrigação de pagar embasada em norma que não pertence mais ao ordenamento jurídico (retroatividade da norma mais benéfica), cabe esclarecer que no processo sancionador deve haver previsão normativa da aplicação retroativa e, via de regra, **as condutas são avaliadas e punidas à luz das normas vigentes no momento de sua prática**. Este entendimento é corroborado pela Procuradoria Federal Junto à ANAC no Parecer nº 143/2015/PROT/PFANAC/PGF/AGU, que tratou da retroatividade da norma mais benéfica no processo sancionador:

(...)

17. De se ressaltar que a questão da aplicação ou não do princípio penal da retroatividade da lei benéfica no direito administrativo punitivo foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido bem elucidada por José Galdino, no texto “A aplicação do princípio da retroatividade benéfica no direito administrativo punitivo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

(...)

Em regra, considerando a forma de aplicação da lei no tempo, as normas legais, em sentido amplo, têm aplicabilidade imediata e geral. A admissão da retroatividade constitui exceção no ordenamento e, a despeito de não ser vedada, deve ser adotada com parcimônia.

Trata-se de postulado jurídico do *tempus regit actum*, que consagra regra da aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência do fato/conduta gerador, o qual possui matiz infraconstitucional na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), cujo art. 6º assim dispõe:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

(...)

José Galdino destaca que a teoria da norma mais benéfica deve ser aplicada com moderação no processo administrativo, ante o maior dinamismo dessa seara jurídica e a diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal, bem assim em face da independência entre as instâncias. Transportar um princípio de um ramo do direito para outro exige certa ponderação.

No ponto, bastante oportuna a menção/transcrição de julgado do STJ, que refere existência de diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal, que permite transpor com reserva o princípio da retroatividade, argumento relativo à insegurança jurídica, que poderia ser gerado caso fosse adotada a posição que defende a retroação da lei mais benéfica (g.n):

"(...) A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, "se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo".

Com efeito, no caso do processo administrativo sancionador, não há como deixar de se ponderar acerca da abrangência do poder de polícia para a Administração Pública na sua função primordial de gerir a coletividade, na medida em que não raras vezes é indispensável a limitação da atividade privada para proteger o bem comum, isto é, o interesse da coletividade. Assim, para bem exercer este poder, a Administração precisa realizar um processo administrativo que garanta ao administrado o pleno gozo das garantias processuais legais e constitucionais, porquanto a liberdade do indivíduo deve estar resguardada de eventuais excessos administrativos.

De se referir que o Direito Penal tutela bem jurídico distinto do Direito Administrativo. Na esfera penal, há um gravame mais sério, muitas vezes relacionada à liberdade do indivíduo, já no âmbito administrativo, as penalidades estão relacionadas, na maioria das vezes, a penalidades de cunho material (econômico). Deste modo, retroatividade da lei mais benéfica em material penal tem um viés humanitário que não se repete no campo administrativo, não justificando tal retroatividade.

Nessa linha de raciocínio, não há como deixar de referir que o direito administrativo lida com uma realidade social muito dinâmica - diferente inclusive do que ocorre no direito penal -, regulando situações que mudam constantemente (exemplos: vigilância sanitária, meio ambiente, saúde suplementar, defesa do consumidor, mercado de capitais, livre iniciativa e concorrência no mercado, qualidade de produtos, mercado financeiro etc) e não aplicar a penalidade administrativa àqueles que praticaram conduta proibida, sob a égide da lei anterior, significa premiá-los com uma omissão estatal, que iria na contramão do pretendido caráter pedagógico e preventivo da sanção administrativa.

Concluiu o Parecer:

Em resumo, são as conclusões exaradas neste Parecer:

a) Em síntese, as regras para aplicação da retroatividade nas normas no processo sancionador, diante de um caso concreto, devem ser resultado dos questionamentos: se existe previsão legal temática para aplicação retroativa da norma; qual a norma mais benéfica ao imputado, se a vigente na data da ocorrência do fato ou aquela vigente no julgamento, sendo vedado a criação de uma *lex tertiis* híbrida; por fim, se as duas cominarem punição idêntica, **deve-se aplicar a regra (*tempus regit actum*), ou seja, a norma vigente na data do fato, não a superveniente, que constitui exceção.**

b) Diante da importância da questão, promover acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, utilizando-se as regras de retroação da norma mais benéfica no processo sancionador ao caso concreto, verificou-se que: inexistente previsão legal temática para aplicação retroativa da norma e punição idêntica, razão pela qual deve se aplicar a norma da data do fato (*tempus regit actum*), não a superveniente, que é exceção.

[destacamos]

39. Por fim cabe salientar, quanto ao argumento de suposta afronta ao princípio da temporalidade e irretroatividade, que há orientação expressa da Procuradoria Federal Junto à ANAC, via Memorando-Circular nº 5/2017/PF-ANAC (constante do Processo nº 00058.541070/2017-12), para a aplicação interna do Parecer nº 28/2015/DEPCONS/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, bem como o Parecer nº 296/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, que concluiu pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade de norma mais benéfica às sanções administrativas impostas pela Agência Reguladora, aplicando-se ao fato a norma vigente à época de sua ocorrência, como se fez no caso.

40. Assim, e seguindo o norte do citado posicionamento jurídico, inexistente registro expresso em normas internas posteriores à revogada, e em especial na que operou a revogação, que devam ser aplicadas retroativamente ao caso. **Rege a ocorrência registrada pelos processos, portanto, a norma vigente à época**, motivo pelo qual a sanção deve ser mantida.

41. **Do pedido de redução do valor da multa sem fundamentação legal**

42. A esse respeito, inexistente dentro dos autos qualquer elemento que justifique a aplicação da sanção no patamar mínimo, como sugere o interessado. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a finalidade das sanções relacionadas às infrações administrativas é desestimular a prática das condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias, intimidando eventuais infratores. Todas as multas administrativas devem cumprir função intimidadora e exemplar, mas existem as que se limitam a esta função, e outras que buscam também ressarcir a Administração de algum prejuízo causado (multas ressarcitórias) como também as que apresentam caráter cominatório, se renovando continuamente até a satisfação da pretensão, obrigando o administrado a uma atuação positiva (astreinte). (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24ª., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 864/865 e p. 879).

43. Não há que se falar em ausência de fundamentação do *quantum* da fixação da base da sanção uma vez que o próprio fundamento para a aplicação da sanção foi a própria prática, por parte da autuada, de ato infracional previsto na legislação (devidamente constatado/apurado no caso, como bem mostram os autos). A partir disso, a dosimetria pode ser entendida como ato vinculado aos valores e patamares estabelecidos no anexo da Resolução 25/2008 e dali a Administração não pode extrapolar, vez que subjugada ao princípio constitucional da estrita legalidade.

44. É dizer que em razão da taxatividade da norma e pelo fato de a Administração Pública pautar-se pelo princípio da legalidade, impossível que a Agência aplique atenuantes de forma arbitrária já que deve o autuado se adequar aos requisitos da norma. Por este motivo, entendendo que os argumentos de defesa de ausência de fundamentação e arbitrariedade da dosimetria da multa não devem prosperar. Pelo contrário, há, sim, fundamento para aplicação da multa e uma vez aferido o ato infracional, os patamares de aplicação constantes do anexo da Resolução 25/2008 (**públicos e notórios, vez que integrantes de norma vigente à época**) vinculam a unidade julgadora.

45. Se houve a constatação da infração, este é o motivo para a aplicação da sanção. Se houve aplicação de sanção, os anexos da Resolução 25/2008 estabelecem os patamares de aplicação que não podem ser extrapolados pela unidade julgadora – e, no caso, efetivamente não houve extrapolação. Pelo contrário; aplicou-se inclusive o valor mediano. Pelo fato de isto restar bem configurado dos autos.

46. Destarte, com fulcro no § 1º do art. 50 da Lei 9.784/1999, que abre a possibilidade de que a motivação da decisão de recurso administrativo consista em declaração de concordância com fundamentos da Decisão anterior, **naquilo que couber aos casos específicos**, este relator ora endossa os argumentos trazidos por aquele decisor em sede de primeira instância para a confirmação da prática infracional, a fim de que passem a fazer parte integrante do presente relatório.

47. **DA DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

48. Por todo o exposto nesta decisão e tudo o que consta nos autos do presente processo, se

considera configurada a infração descrita no artigo nº 302, Inciso III, alínea "u", da Lei nº 7.565, de 1986, pelo fato de deixar de efetuar Conciliação, no ato do embarque, do documento de identificação com os dados constantes no cartão de embarque, não assegurando assim, que somente passageiros atendidos para o voo fossem nele embarcados.

49. A Resolução ANAC nº 472, de 2018 entrou em vigor em 04/12/2018 e revogou a Resolução ANAC nº 25, de 2008 e a Instrução Normativa nº 08, de 2008 e, dentre outras disposições, estabeleceu em seu Art. 82, que as novas disposições aplicam-se a todos os processos em curso, sem prejuízo dos atos já praticados e da aplicação das normas vigentes à época dos fatos, inclusive no que concerne às sanções aplicáveis.

50. A sobre dita Resolução ANAC nº 25, de 2008, estabeleceu que a sanção de multa será expressa em moeda corrente, calculada a partir do valor intermediário (grifo meu) constante das tabelas aprovadas em anexo àquela Resolução, salvo existência de previsão de sanção constante de legislação específica.

51. No tocante à gradação das sanções ficou estabelecido no artigo 22, da Resolução ANAC nº 25, de 2008 que na dosimetria da aplicação de sanções serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e quando inexistentes causas atenuantes ou agravantes ao caso ou quando elas se compensem deve ser aplicada a sanção no patamar médio da tabela anexa à Resolução.

52. Ainda, destaca-se que, com base na Tabela da Resolução ANAC n.º 25/2008 para pessoa Jurídica, o valor da multa para cada infração referente à alínea u do inciso III do art. 302 do CBA, poderá ser imputado em R\$ 4.000,00 (grau mínimo), R\$ 7.000,00 (grau médio) e R\$ 10.000,00 (grau máximo).

53. Das Circunstâncias Atenuantes

54. Para o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no inciso I do § 1º do art. 22, da Resolução ANAC nº 25, de 2008, ("o reconhecimento da prática da infração") entende-se que o ente regulado deve reconhecer não só a prática do ato, mas também o fato de que essa conduta infringiu norma de competência da Autoridade de Aviação Civil, além de não incorrer em atitude processual contraditória para com o reconhecimento como, por exemplo, defender-se no mérito ou buscar imputar a responsabilidade pela prática da infração a outrem.

55. *In casu*, a Interessada não reconhece a prática da infração, conforme o disposto no § 1º, bem como alega ocorrência de fato adverso ao descrito no Auto de infração, não o podendo usufruir de tal benefício.

56. No mesmo sentido, a interessada não demonstrou, nos autos, ter adotado voluntariamente qualquer providência eficaz para amenizar as consequências da infração.

57. Registre-se que nenhuma medida que configure um dever pode ser fundamento para a aplicação dessa atenuante, prevista no inciso II do § 1º do art. 22, da Resolução ANAC nº 25, de 2008.

58. Para a análise da circunstância atenuante prevista no inciso III do § 1º do art. 22, da Resolução ANAC nº 25, de 2008 ("a inexistência de aplicação de penalidades no último ano"), no caso em tela, verificam-se atenuantes, pois a autuada não recebeu penalidades no último ano anterior à data da infração), conforme consulta ao Sistema Integrado de Gestão de Créditos – SIGEC nº 4146697, da ANAC, na data da Decisão de Primeira Instância.

59. Das Circunstâncias Agravantes

60. Quanto à existência de circunstâncias agravantes, não foram encontradas qualquer outro elemento que configure as hipóteses previstas no § 2º do art. 22, da Resolução ANAC nº 25, de 2008.

61. Da sanção a ser aplicada em definitivo - Por tudo o exposto, dada a inexistência de circunstâncias atenuantes e ausência de agravantes aplicáveis ao caso, entendo que deva ser **reduzida** a sanção aplicada pela primeira instância administrativa para o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), que é o valor médio previsto no Anexo III da Resolução nº 25, de 2008.

62. Ademais, não foram apontadas quaisquer circunstâncias que ensejassem o valor de R\$ 14.000,00 para a conduta infracional aqui descrita, **DEVENDO SER REDUZIDO AO VALOR MÉDIO** de R\$ 7.000,00 (sete mil reais);

63. CONCLUSÃO

Ante o exposto, VOTO por CONHECER do recurso e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, porém entendo que deva ser **REFORMADA a DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** para que seja **REDUZIDO O VALOR DA MULTA**, previsto para a conduta apurada nos autos conforme, Anexo II da Resolução ANAC nº 25, de 2008, item III, alínea "U".

- REFORME-SE a decisão de primeira instância para que seja aplicada a sanção administrativa de multa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), valor médio evidenciado na Tabela de Infrações do Anexo II da Resolução ANAC nº 25, de 2008, em função de descumprimento do disposto no art. 302, inciso III, alínea "U" da Lei nº 7.565, de 19/12/1986, c/c art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130.
- AJUSTE-SE o crédito de multa.

Eduardo Viana
SIAPE - 1624783

Membro Julgador - Portaria ANAC nº 1381/DIRP/2016



Documento assinado eletronicamente por **Eduardo Viana Barbosa, Analista Administrativo**, em 19/05/2020, às 13:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **4259726** e o código CRC **253EF537**.

SEI nº 4259726



VOTO

PROCESSO: 00058.072657/2012-55

INTERESSADO: TAM LINHAS AEREAS S/A

Nos termos do art. 13 da Instrução Normativa n° 135, de 28 de fevereiro de 2019, profiro meu voto nos seguintes termos:

I - Acompanho na íntegra o voto do relator, para conhecer do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO, REFORMANDO de ofício a DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** para que seja **REDUZIDO O VALOR DA MULTA**, conforme convalidação nos autos, e previsão dos valores Anexo II da Resolução ANAC n° 25, de 2008, item III, alínea "U", mantido os demais termos da decisão de primeira instância para que seja aplicada a sanção administrativa de multa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), valor médio evidenciado na Tabela de Infrações do Anexo II da Resolução ANAC n° 25, de 2008, em função de descumprimento do disposto no art. 302, inciso III, alínea "U" da Lei n° 7.565, de 19/12/1986, c/c art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130.

BRUNO KRUCHAK BARROS

SIAPE 1629380

Presidente Turma Recursal – BSB

Assessor de Julgamento de Autos em Segunda Instância Substituto

¹Nomeações e designações:

(1) a Portaria 2.026, de 9 de agosto de 2016; (2) a Portaria n° 3.403, de 17 de novembro de 2016; (3) por meio da Portaria n° 2.828, de 20 de outubro de 2016; (4) Portaria n° 2.829 - da mesma data da anterior, e; (5) Portaria n° 3.059, de 30 de setembro de 2019



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Kruchak Barros, Presidente de Turma**, em 19/05/2020, às 17:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto n° 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **4351525** e o código CRC **998D3F66**.

VOTO

PROCESSO: 00058.072657/2012-55

INTERESSADO: TAM LINHAS AEREAS S/A

Nos termos do art. 13 da Instrução Normativa n° 135, de 28 de fevereiro de 2019, profiro meu voto nos seguintes termos:

I - Acompanho na íntegra o voto do relator (SEI 4259726), para conhecer do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO, REFORMANDO de ofício a DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** para que seja **REDUZIDO O VALOR DA MULTA**, conforme convalidação nos autos, e previsão dos valores Anexo II da Resolução ANAC n° 25, de 2008, item III, alínea "U", mantido os demais termos da decisão de primeira instância para que seja aplicada a sanção administrativa de multa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), valor médio evidenciado na Tabela de Infrações do Anexo II da Resolução ANAC n° 25, de 2008, em função de descumprimento do disposto no art. 302, inciso III, alínea "U" da Lei n° 7.565, de 19/12/1986, c/c art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130.

ISAIAS DE BRITO NETO

SIAPE 1291577

Membro Julgador

Portaria ANAC n° 0644/2016/DIRP



Documento assinado eletronicamente por **Isaias de Brito Neto, Analista Administrativo**, em 19/05/2020, às 21:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto n° 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **4355998** e o código CRC **3D085C8E**.

SEI n° 4355998



CERTIDÃO

CERTIDÃO DE JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

509ª SESSÃO DE JULGAMENTO DA ASJIN

Processo: 00058.072657/2012-55

Interessado: TAM LINHAS AÉREAS S/A

Auto de Infração: 001248/2012

Crédito de multa: 649927159

Membros Julgadores ASJIN:

- Bruno Kruchak Barros - SIAPE 1629380 - Portaria nº 2026/2016 - Presidente Turma Recursal – BSB
- Eduardo Viana - SIAPE - 1624783 - Portaria ANAC nº 1381/DIRP/2016- Relator
- Isaias de Brito Neto - SIAPE 1291577 - Portaria ANAC nº 0644/DIRP/2016 - Membro Julgador

Certifico que a Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância - ASJIN da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão em segunda instância administrativa:

A ASJIN, por unanimidade, votou por **NEGAR-LHE PROVIMENTO, REFORMANDO de ofício a DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** para que seja **REDUZIDO O VALOR DA MULTA**, conforme convalidação nos autos, e previsão dos valores Anexo II da Resolução ANAC nº 25, de 2008, item III, alínea "U", mantido os demais termos da decisão de primeira instância para que seja aplicada a sanção administrativa de multa no valor de **R\$ 7.000,00 (sete mil reais)**, valor médio evidenciado na Tabela de Infrações do Anexo II da Resolução ANAC nº 25, de 2008, em função de descumprimento do disposto no art. 302, inciso III, alínea "U" da Lei nº 7.565, de 19/12/1986, c/c art. 6.º da Resolução ANAC n.º 130.

Os Membros Julgadores votaram com o Relator.



Documento assinado eletronicamente por **Isaias de Brito Neto, Analista Administrativo**, em



26/05/2020, às 16:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Kruchak Barros, Presidente de Turma**, em 26/05/2020, às 20:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eduardo Viana Barbosa, Analista Administrativo**, em 27/05/2020, às 18:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **4365347** e o código CRC **9287F0F6**.
